

# 証拠保全請求権について

丹 治 初 彦

## Ⅰ はじめに

本稿は、刑訴法179条による被疑者・被告人のための証拠保全請求権について検討をするものである。

1、「証拠保全」とは、将来公判において使用する証拠をあらかじめ収集して保全することであり、広い意味では、捜査機関が捜査過程で証拠を収集することも証拠保全の一種である。その意味で被疑者・被告人のもつ刑訴法179条による証拠保全請求は、狭義の「証拠保全」と位置づけられている<sup>(1)</sup>。

とりたてて問題とすることもないが、前者はむしろ証拠収集の為の処分（刑訴法226条，227条も含めて）であり、証拠保全という場合は刑訴法179条の請求権に限定して用いる方が、整理しやすいと思う<sup>(2)</sup>。

2、証拠保全請求権に関して、先例となる裁判例は少ない。その理由は請求件数自体が極めて少ないうえに、裁判例についての公刊物の掲載がほとんどなされていないことによる。

そこで、本稿を検討するにあたって、積極的に刑事弁護に取り組んでいる複数の弁護士に事例紹介の協力をお願いした。が、被疑者が、捜査段階において、捜査官から暴行を受けたとされる事実を保全するために、被疑者の身体の検証をしたというものが数件回答された程度にとどまった。

ただ、この過程において、捜査機関が上申書なる書面の草稿（2通）

を作成し、被疑者に対して自らの手で、草稿に従った上申書の作成を求めたという事案において、証拠保全によって前記草稿の差押え請求がなされ、差押え命令が発せられたという先例のあることを知った（名古屋地裁岡崎支部平成17年（よ）第1号事件）。

本件は、第44回衆議院議員選挙（平成17年9月10日施行）において、被疑者とされた人物が、酒類または料理を供応し、集票のまとめを依頼したという嫌疑によって、選挙違反取締本部の設置された警察署において、二日間にわたって連続して早朝から深夜にわたる任意取調べを受け、その過程で概略を認める趣旨の上申書の草稿を示され被疑者自身が上申書を作成することを要求されたという事案である（便宜上以下「公職選挙法違反事件」と表示する）。

また、覚せい剤の自己使用事案である最高裁平成17年11月25日決定（刑集95-9-18313）の前提となった原々審京都地裁決定やその申立資料を読むことができた（以下「覚せい剤違反事件」と表示する）。

この二つの事案に共通する検討課題は「捜査機関が保管している証拠を証拠保全請求の対象とすることの可否」ということになるだろう。

そこで、本稿の検討の素材としてもこの二つの事案にとどめて当該課題に対する問題提起に主眼をおくことにした。

## II 証拠保全請求権の意義と機能

1、刑訴法179条の証拠保全請求権の規定は、旧刑事訴訟ではこれに対応する規定がなく、昭和23年法律第131号として成立した現行刑事訴訟法において新設された制度である。

その要綱が総理大臣諮問機関である司法法制度審議会第3小委員会に提出されているが、要綱試案の第18条では、次のような規定となっている。<sup>(3)</sup>

第18. 検事、被告人・被疑者及び弁護人に次の要領による証拠保全請求権を認めること。

## 証拠保全請求権について

- (1) 被告人、被疑者又は弁護人は、裁判所に対し、証拠保全の申立をすることができるものとする。
- (2) 公訴提起後は、検事も、前項の申立ができるものとする。
- (3) 証拠保全の手続は、ほぼ民事訴訟法の規定に準じて、これを定めること。

この規定について、委員からの異論は無く賛成されている。

そして、「刑事訴訟法改正第1次案」における昭和21年8月25日付の立案では、民事訴訟法とほぼ同じような体裁となっていたが、同年9月11日付修正案で、現行の刑訴法179条と同一の立案がなされた（但し、表現の修正で内容の修正ではない<sup>(4)</sup>）。

さらに詳しく立法作業の過程を調査すべきであるが、本条（法179条）は、少なくとも刑訴法改正の主眼の一つとされた「弁護権の拡大・強化」の方針に従って立案され、その規定が民事訴訟法における証拠保全を参考とするものであったことは確かであるといえよう。

なお、現行民事訴訟法における証拠保全は、民訴法234条ないし241条であるが、刑訴法179条と民訴法234条は、ほぼ同じような要件が定められている。

付言すれば、実務において、例えば被疑者が取調べ担当者から暴行を受けたという事案では、刑訴法上の証拠保全と国家賠償請求訴訟を本案とする前提での民訴法上の証拠保全も可能であって、両者は有機的関連性を持つといえる。

刑訴法179条の検討にあたって、民事訴訟法上の証拠保全についても視野に入れておかねばならないし、何より立法過程に照らしてもその必要性は明らかなるところである。

2、すでにみたとおり刑訴法179条による、証拠保全請求権は、捜査の訴訟的構造を徴表する制度として、被疑者の弁護人依頼権の保障制度（刑訴法30条）とともに、創設された制度であった。

すなわち、被疑者に対する弁護権が保障されたとしても、その証拠取

集の活動能力は、強制権と巨大な組織力とを擁する捜査機関には到底対向できない。その意味で現行刑事訴訟法は、捜査機関の証拠収集を被疑者にとって不利なものに限定せず、有利なものも収集し公訴を遂行することを建前としている。

しかし、その役割が不十分なものとなることは当然予測されるから捜査機関の捜査権限に対応可能なものとして本案の制度が創設されたといえよう。

その限りにおいて、本条は主として公訴提起前（捜査段階）における、被疑者側の証拠保全機能を持つ。<sup>(5)</sup>

一方、民事訴訟法上の証拠保全（民法234条）は、将来の訴訟に備え、証拠を保全する機能（証拠保全機能）に、加えて相手方が所持する証拠を事前に開示される機能（証拠開示機能）もあわせて有していると解釈されている。

もっとも、証拠開示機能については、民事訴訟法の沿革、法234条の制度趣旨・文言解釈等からみて正面から認めることができず、事実上の付随的機能であるとするのが、通説的見解である。

しかし、現実の実務では、例えば医療過誤裁判の活発化によって、訴えの提起前におけるカルテ保全は当然のごとく実行されており、積極的な証拠開示機能が認められているというのが現状である。

申立人が、訴え提起前においてカルテ等を分析することによって、訴訟による解決を断念することもあるし、また訴え提起前に和解・示談が促進され、紛争の早期解決に繋がっているという効果を生み出しているといえる。<sup>(6)</sup>

このような視点から、証拠保全の要件を解釈によって緩和し、積極的に証拠開示機能を図ろうとする考え方の方が近時有力である。

そこで、刑訴法上の証拠保全請求権についても証拠開示機能をもたすことを肯定すべきか否かが検討されてよい。

その場合、言うまでもなく捜査機関のもつ証拠を捜査段階（公判前）

## 証拠保全請求権について

で開示させる結果になるから、捜査機関の捜査の密航性との関係、さらに公判段階におけるいわゆる「証拠開示論」との関係などから疑問が提起されることはみやすい。そこで積極論に立つにはどのような理念によってこれを肯定するのか、さらに法179条の「あらかじめ証拠を保全しておかなければその証拠を使用することが困難な事情があるとき」という要件をどのように解釈して運用するのかが問われてくる。

以下、法の要件を検討したうえで、2つの前記事例を通して、その理念を考えてみる。

### III 証拠保全の要件

刑訴法179条の要件は、「あらかじめ証拠を保全しておかねばその証拠を使用することが困難な事情があるとき」である。

これは、民訴法234条の「あらかじめ証拠調べをしておかねばその証拠を使用することが困難な事情があると認められたとき」とほぼ同一であり、いずれもその共通要件は「証拠の使用困難性」である。

そして、物証、書証については、滅失、破棄、散逸、改ざん隠匿のほか、性状変更の恐れ、証人については、死亡、海外渡航などのほか、証言不能、供述変更の恐れ等、鑑定については特殊な鑑定を要し、それをな<sup>(7)</sup>しうる鑑定人の死亡の恐れ、長期海外渡航の恐れであるとされている。

民訴法上の事由についても、全く同様であると理解してよい。

ところで、刑訴法上の保全請求権は、被疑者・被告人または弁護人であって、弁護人は固有の請求権を持ち、現実には弁護人が行っている。

請求の方式については、刑訴法規則138条に規定されており、書面によって（同1項）、①事件の概要、②証明すべき事実、③証拠及びその保全の方法、④証拠保全を必要とする理由を各記載（同2項）して、保全の必要性についての疎明が求められる（同3項）。

民訴法上の証拠保全も同様のもので、申立は書面によって（民訴法規則153条1項）、申立の理由として①相手方の表示（訴え提起前は将来被

告となるべき者のこと), ②証明すべき事実, ③証拠, ④証拠保全の事由を各記載(同2項)し, 証拠保全の事由を疎明しなければならない(同3項)。

そこで共通した事項②の「証明すべき事実」とは, いわゆる立証事項を意味するが, 保全の性格からある程度概略的でよいと解するべきであるし, 実務上も特定は容易であろう。

問題となるのは, ④の「証拠保全の事由」とその疎明の程度如何である。

まず, 証拠保全の事由は, その申立書において保全すべき証拠の必要性と保全しなければならない事情を合わせて申立の理由として構成し, 主張することになる。このことは, 刑訴法上も民訴法上も差異はない。

なお, 一般的には保全の必要性と保全しなければならない事由を合わせて, 「保全の必要性」と説明される。

しかし, 事案の分析にあつては, 区分した方が, 問題点が鮮明になるう。

その意味で, 便宜上, 両者を合わせた場合を「広義の必要性」, 区分する場合を「狭義の必要性」という用語を用いる。

本稿で必要性という場合は, 原則として狭義の必要性を指す。

必要性については, 当該事件との関連性の存在を当然の前提とし, 当該事件性からみて, 将来の裁判(公判)で通常証拠として使用されることが予定されると認められる程度でよいのではないか。

証拠の重要性や他の証拠の存否(代替性の有無)を必要判断の資料とする考え方もあるが, とりわけ刑事手続の場合, 被疑者・弁護人側の公判へ向けた準備段階では, 検察官の公訴提起がどのようなものとなるのか流動的ケースもままあり, また何より捜査機関がどのような証拠を収集し, どのような証拠構造をとるのかが不明であるから, これらを重視すべきでない。<sup>(8)</sup>

もっとも留意しておくべきは, 裁判所の必要性の判断が, どのような

## 証拠保全請求権について

類型の証拠保全を求めるのかという「申立の趣旨」と関連して、影響されてくるということである。

例示として、最高裁昭55.11.18決定（以下「最高裁55年決定」という）<sup>(9)</sup>をみる。

弁護人が、第1回公判期日前に、被告人の弁解を支持する証拠を保全する目的で、刑訴法178条に基づき、被害事故車両の押収を求めたが、原審裁判官は、保全の必要性の疎明がないとして、これを却下した。

これに対して、弁護人が準抗告を申し立てたが、原審裁判所は不適法棄却した。

本件は、原審決定に対する特別抗告事件であるが、最高裁は、刑訴法433条の抗告理由にあたらなとし棄却したうえで、その理由中で、「記録を検討しても、申立人が押収を求める物件については、その検証の必要性があるかは別として、これを押収するのでなければ証拠保全の目的を達することができないとまで認められない」とした。

前提となった事件の申立理由を読み解く限りでは、弁護人の主張するとおり保全の必要性は高かったといわねばならない<sup>(10)</sup>。

最高裁が、どのような意味をもって付記理由としたかは分からないが、被害車両を押収し、裁判所においてこれを保管することになると、早くとも証拠調べ終了に至るまでは被害者の車両の利用が制限され、且つそれには相当期間に及ぶことになるから、被害者側の受ける損失は大きい。むしろ検証の方法がとられるべきであった（この場合には、検証提供物提示義務を負う者の不利益は極めて少ない）という思考に立ったのではないか。

そうであるとする、証拠保全の必要性は、申立時点における押収の必要性があるか否かの判断にかかっているということになる<sup>(11)</sup>。

次に厄介なのは、保全しておくべき事情の記載とその疎明の程度である。

最高裁55年決定事案において、被害車両（オートバイ）の検証という

場合、時間の経過とともに車両の性状変化が生じること（損傷部分の変化）や、あるいは修理がなされたり、処分される恐れは経験則からみて明らかであるから、その疎明にさしたるものは要求されないであろう。

では保全の対象が、書証であった場合はどうか。

例えば、対象物である文書の保存期間が経過することによって、滅失あるいは破棄される恐れがあるというのであれば、当該文書の保存期間に関する疎明をもって足り、必要性が認められる限り証拠保全がなされるべきと考えてよい。

しかし、文書の改ざん、隠匿の恐れと言う場合には、「証拠としての使用が困難になる」という要件から、当然に保全の事由となるものの、何故、改ざんあるいは隠匿されるのかという事由とその疎明が求められよう。

もとより改ざんあるいは隠匿の恐れは、多くの場合において文書の所持者の主観的意図が問われることになるから、具体的な疎明は困難となる。

それにもかかわらず、当該要件を厳格に解するとおよそ証拠保全は実現しなくなるが、これをどう考えておくべきか。

この点について、刑訴法179条の証拠保全に関する文献は見出しえなかった。

民事上の証拠保全に関しては、多くの論稿があるが、一般的には、原則として所持者の改ざんの前歴、社会的信用、組織、目的物の性状（改ざんの容易性）、交渉過程、改ざんによる利害得失、偽証工作の事実、紛争の経過等具体的事情を考慮して、危険であることが客観的に認められる必要があるとされている。

しかし、すでにのべたとおり、診療録（カルテ）などを対象とする医療過誤事件の保全処分のようなケースにおいては、一般的、抽象的な改ざんの恐れを疎明で足りるとする見解がむしろ有力である。

さらに、端的にいえば、保全の対象が、訴えの相手方と第三者である



## 証拠保全請求権について

場合とを区別して、相手方である場合には、むしろその要件を一段と緩和するというのが実務の傾向であると分析できる。

後にみるとおり、刑訴法上の証拠の保全とは真逆にあるといえる。

要するに、一般的・抽象的疎明か具体的な疎明かの対立は、証拠保全に証拠開示機能を取り込むか否かの考え方の相違にかかっているとみてよい。

刑訴法上の証拠保全について、前掲2つの事件を通して検討する。

## Ⅳ 2つの事案を素材として

1, まず、先に、最高裁平成17年決定の「覚せい剤違反事件」について検討する。

(1) 本件の事案の概略は、おおむね次のようなものであった。

- ① 被疑者の娘から、警察に対して、平成17年7月25日、「母から『同居している父親（元夫）が暴力を加え、覚せい剤を自分に打とうとしている』という携帯電話のメールが来たので、何とか助けて欲しい」旨の保護の電話がなされたことが事件の契機となる。
- ② 警察官が、被疑者宅に急行すると、軒先にいた被疑者が「夫から覚せい剤を打たれた。夫が寝ている間に逃げてきたので、助けて欲しい」などと訴え、腕の注射痕を見せるなどしたので、警察署に任意同行した。

任意同行後、被疑者の両肘内側や両手首内側に出血痕等を認めたことから、同日、その状況をボラロイドカメラおよび通常カメラで撮影した。

そして、被疑者は、尿を任意提出し、鑑定の結果、覚せい剤が検出され通常逮捕、翌7月26日に身柄付で検察庁へ送致され、同日勾留された。

なお、上記送致にあたって、ボラロイドカメラで撮影された写真は送致されたが、通常カメラで撮影された写真は、検察官に送

られず、警察署で保管された（これが後に差押えの対象の一部となる）。

- ③ 被疑者は当初の取調べにおいて、「元夫から暴力を振るわれ注射された。自らの意思で注射をしたのではない」（検察官に対する供述および勾留質問での弁解でもある）旨の供述をしている。
- ④ 警察官は翌27日、身体検査令状を得て、被疑者の注射痕だけでなく、両腕・両足・顔面を写真撮影し、その成傷原因等に関する鑑定を医師に嘱託した。これらの写真を貼付した身体検査調書、鑑定書等は、8月3日に検察官に追送致されている。
- ⑤ 被疑者は、7月26日、当番弁護士を希望し、会から派遣された弁護士が、翌27日に接見し、28日に辩护人選任届が提出された。

そして辩护人は、接見を重ねる中で、被疑者は元夫から日常的に暴力を振るわれる中で覚せい剤を無理やり注射されたと訴えても、警察官は弁解に耳を傾けず、連日のように「覚せい剤を打ってもらいたかったのだろう」あるいは「気持ち良くなるために覚せい剤を使ったのではないか」などと追及し、自己の意思で覚せい剤を使用したことを自供させようとしていると判断される取調べの状況を把握した。

現に8月1日付をもって「平成9年に元夫から初めて覚せい剤を注射してもらった時は快感があったが、その後、3、4回注射してもらっているうち、気分が悪くなるようになった。自分は覚せい剤を使用したいとは全く思わない。元夫が私の言い分を全く聞かずに注射してきたのです。しかし、元夫に手を引っ張られるなどしたが、無理やり身体を押さえつけられたことはない。特に抵抗などしていない」旨の員面調書が作成されており、供述の変遷がみられる。

- ⑥ そこで辩护人は、同年8月1日、裁判所に対して、証拠保全の請求をした。

## 証拠保全請求権について

保全請求の趣旨は、

- イ 被疑者の両手首内側および両肘内側の各部位を検証ないし鑑定する。
- ロ 被疑者の身体中、あざになっている各部位を検証ないし鑑定する。
- ハ 警察署が被疑者の上記①および②の各部位を撮影した各写真を押収する。
- ニ 被疑者所有に係る携帯電話の平成17年7月24日および25日付は発信履歴を検証する（但し、本稿では検討の対象としない）。

というものであった。

(2) 裁判の経過は、おおむね次のようなものであった。

① 担当裁判官は、8月2日、保全請求を全て認め、自ら警察署に赴き前記イロニの検証を行って書記官に各写真撮影をさせ、ハの写真合計28枚（任意同行時のもの15枚、身体検査時のもの13枚）を提出させ、これを押収した（京都地裁平成17年（よ）第1号事件、以下「原々決定」という）。

② これに対して検察官は、8月2日付で前記ハの押収につき、その裁判の取消しを求める準抗告の申立をした。

しかし、準抗告審は、8月9日、検察官には申立権がないとして棄却した。

なお、検察官は、同日付で本件検証処分を取り消しおよび検証時に弁護人が撮影したネガ写真について、裁判において回収することを求める旨の「裁判取消し請求の申立」をしているが、準抗告審の裁判所は、本件裁判取消の申立について職権を発動しないと決定している。

③ そこで8月12日、改めて、警察署長が押収の裁判所に対して準抗告の申立てをし、処分の取り消しを求めた。

これに対して同年9月9日、「原裁判を取り消す。本件証拠保全請求中、押収の請求を却下」するとの原決定がなされた（京都地裁平成17年（む）第2700号事件・以下「原決定」という）。

- ④ 弁護人は、同年9月13日、「原決定を取消すとの裁判を求める」として、最高裁判所に特別抗告の申立をした（平成17年（し）第380号事件）。

しかし最高裁は、同年11月25日、法433条の抗告理由に当たらないとして本件抗告を棄却したが、判旨において「捜査機関が収集している証拠は、特段の事情がない限り、証拠保全手続の対象にならない」とした。

- (3) 原決定をふまえ、最高裁決定について分析する。

- ① 最高裁決定の「特段の事情」の意味するものが、何かは必ずしも明らかでない。

最高裁判例解説<sup>(12)</sup>（以下「解説」という）によると、「本決定は、捜査機関の手元にある証拠について原則として証拠保全の必要性が肯定できず、例外が、稀と考えられるためそう表現したもので、その証明につき、請求者に刑訴規則上（138条3項）要求される疎明以上のものを要求する趣旨とは思われない」とされる。

この見解では、捜査機関の手元にある証拠は、広義の意味での必要性がなく証拠保全の対象外ということになる。が、刑訴法179条は、証拠の保管者が誰であるかによって適用の差異を設けておらず、同法の文理解釈としては不当であろう。

実務の流れに従って再吟味してみる必要がある。

- ② 本件は、確かに事後的判断からみると、必ずしも証拠保全の必要性がなかった事案とみられる。しかし、それはあくまで証拠保全後に判明した情報に基づく判断であったにすぎない。

まず、求められる判断は、証拠保全請求時の段階において、その必要性があったか否かである。

## 証拠保全請求権について

弁護人が証拠保全請求をしたのは、被疑者が、元夫から暴行を加えられ無理やり覚せい剤を注射されたと弁解していた（共同使用の故意の否認）。

しかも、本件は自首とみてよい端緒によって捜査が開始された。

しかるに、捜査機関は、連日にわたって、被疑者が、自己の意思で覚せい剤を使用した旨の自白を迫る取調べを行った。現に、その供述に変遷がみられた。

そこで、被疑者の弁解を裏付ける証拠、とりわけ元夫から暴行を受けた痕跡を証拠化しておくべき必要性があると判断したことによる。

請求時点における証拠保全の必要性（狭義の意味での必要性とあってよい）は肯定される。そして、その痕跡は、時間の経過とともに消えてゆくことが明白であるから、あらかじめ保全しておかなければ、将来の公判での立証が困難となる。保全すべき事由も肯定される。

従って、原々審裁判官が、保全請求の趣旨イ、口を認め、検証を実施したことは正しい。同請求の趣旨ハについても、保全の必要性は同様に肯定される。が、問題は捜査機関が影響した写真を毀損したり、隠匿したりする恐れである。弁護人は取調べの実体から推認し、これが認められ差押えが実施された<sup>(13)</sup>。

これに対して、原決定は、申立後の情報に基づいて被疑者の取調べが違法とまでいえないこと、被疑事実に関するその余の捜査状況からみて毀損又は隠匿する行為に出る恐れが認められないとした。

この分岐点は、「証拠の使用困難性」の事由が抽象的事由でよいのか、具体的事由でなければならぬかにもかかる。

さらに一步進めて実務をみる。弁護人は、証拠保全の事由として、毀損または隠匿の恐れがあると主張し、その疎明資料として、

申立人あるいは弁護人作成にかかる書面を提出することになる。

本件でいえば、被疑者の娘からの聞き取り書や弁護人が被疑者との接見において事情聴取した内容を報告書として作成して提出することになろう。他に疎明資料を見出し難いし、このような手続をとるのが一般的手法である。

前記見解が、その証明につき、請求者に刑訴規則上要求される疎明以外のものを要求する趣旨とは思われなかったのは、かかる一般的な実務を前提としたことにあると読める。

そうであったとしても、申立人あるいは弁護人は、疎明資料の中で、捜査機関が手持ち証拠を不要として破棄する意向を示しているとか、あるいは証拠の提出者に還付する予定であり、提供者の下ではき・隠匿される危険性が高いというような極めて具体的事実を明らかにしなければならないことになる。

しかし、弁護人がかかる情報を客観的に収集することはほぼ不可欠である。

解説の見解に立つと、この稀なケースしか証拠保全を認めないとする結論に至るが、これが最高裁決定の「特段の事情」というのであれば、到底納得できない。

本件の弁護人が、証拠保全の請求をしたのは、本件事件を担当する以前に、同種の案件を担当し、起訴前に弁護人側で証拠を収集しておく必要性を痛感したことであったとのことである。その事案については、服部達夫「覚せい剤事件」(季刊刑事弁護 No. 46 90頁・2008年)に詳しく報告されている。

本件では、捜査の初期の段階で、被疑者の注射痕だけでなく、成傷原因に関する鑑定が行われているが、この種の事件で常にこのような客観的捜査がなされる訳ではないし、被疑者に有利な証拠が収集されたとしても、それが常に証拠開示される保障もない。

本件の弁護人は、過去に担当した事案が、起訴され、公判で相

## 証拠保全請求権について

当苦勞したと言う経験に基づき、本件被疑者の取調べ状況から証拠保全すべき事由があるとしたものである。が、この程度の疎明で不十分ということになれば、結局は証拠保全請求の道を全て閉ざすことになる。

ちなみに、本件事件は、最終的に不起訴処分となっているが、弁護人の積極的弁護活動に負うところが大きかったとみるべきである。

積極的な弁護活動に答える法解釈こそが、公判での無用な争いを回避でき、また、冤罪を生むことを防止することになるとの視点を忘れてはなるまい。

このことは、次の「公職選挙法違反事件」をみれば、一層明らかになると思われる。

2、続いて「公職選挙法違反事件」について検討する。

(1) 本件の事案の概要は、すでにのべたとおりである。

- ① 選挙違反対策本部の警察官2名が、選挙実施後の2日間、早朝から深夜にわたって、ある候補者の運動員に対して任意で取調べを行った。しかし、その取調べの実体は、取り調べ担当者が、こもごも「こら!」「何を黙っとんじゃ!」「おまえやったんだろう!」「もらっただろう!」「腹を割って話せよ!」「また嘘を言っているんだろう!」などと怒号したり、机をたたいたり、椅子を蹴飛ばしたり、机の天板をもって上に持ち上げてそれを落としたりした、違法なものであった。

そのうえで、「これを書かなければ帰宅させない」として平成17年9月12日午後7時過ぎ、「〇〇において選挙人を集め、集票のまとめを依頼し、そのときに酒類または料理を供応しました」という趣旨の草稿を示し、草稿通り被疑者の自筆書を作成させた。<sup>(14)</sup>

- ② これに対して、本件の弁護人は、平成17年9月14日、証拠保全請求の申立をしている。

請求の趣旨は、被疑者Aの取調べ担当官PおよびQの両名が共同して平成17年9月12日、上記被疑者に対して提示した、上記被疑者の自筆書作成のために「上記警察官が準備した草稿2通」を差押えるというものである。

証明すべき事実は、いうまでもなく、取調べが違法であり、自筆書の任意性を争うということにある（狭義の保全の必要性でもある<sup>(15)</sup>）。

保全の事由は、自筆書の本件草稿が取調べ状況からみて破棄される恐れが強いということである。

- (2) 裁判の経過は次のように推移している。
- ① 保全請求を受けた担当裁判官は、同年7月16日、請求の趣旨と同一の証拠保全決定をした。
  - ② そして、同日、裁判官と書記官が警察署に赴き、警察署長に対して差押執行通知書を交付し、直ちに選挙違反取締本部に設置された部屋で執行に着手している。
  - ③ しかし、差押えの目的物（本件草稿2通）は、すでに存在せず、執行不能となっている。
  - ④ その後、捜査が打ち切られ、被疑者の嫌疑は不問となっている。
- (3) 本事案について分析する。

- ① 本件は、平成15年4月に施行された鹿児島県議会議員選挙に際し、鹿児島警察が捜査をしたいわゆる「志布志事件<sup>(16)</sup>」を彷彿とさせる事件である。

本件事件でも、弁護人の積極的弁護活動がなかったら自筆書をてこに、虚偽の自白調書が作成され、さらに捜査が拡大したであろうことは志布志事件がよく教えるところである。

また、私も、捜査機関が被疑者に草稿を示し、自筆書や上申書と題する書面を作成させ、それを利用して、虚偽の自白調書を作成してゆくという手法をとり、公判ではあくまで被疑者が、自発



## 証拠保全請求権について

的に自筆したもので、草稿など存在しないという対応を取る事件をいくつも経験している。<sup>(17)</sup>

- ② 本件保全でも、草稿の差押えが不能となっているが、この証拠保全が、被疑者の防御上、決定的役割を果たしたことは、容易に理解できる。裁判官の判断は、高く評価される。仮に、その判断にあたって「破棄の恐れ」について、厳しい疎明を要求し却下していたとしたら、その後の捜査が、「志布志事件」のような展開になった可能性を否定できなかったとみてよい。

そこで、ここまで民事上の証拠保全における疎明の程度をめぐる議論を参考として、それが抽象的か具体的かという見方をしてきたが、むしろ刑事法上の証拠保全における疎明の基準をどう立てるかという思考が求められよう。

## V 考 察

1、実務の現状および二つの事案を通して、疎明の程度の基準を定めるとしたら、さしずめ、事案の性格、目的物の性状、取調べ状況から推認される「証拠の使用困難の恐れ」という程度でよいと考えたい。

また、実務においても、この程度の疎明をもってよしとしてきたとみてよいであろう。

しかし、最高裁決定、その前提となった原決定は、結果としてこのような考え方ないし実務の現状を否定することになり、現場の裁判官が証拠保全決定をすることを萎縮させることにならないか危惧される。以下批判的に検討しておく。

2、最高裁は、「特段の事情」について言及していないが、原判断を相当であるとしているので、原決定について検討することになる。

原決定は、「捜査機関が収集、保管している証拠について、証拠保全手続によって保全すべき必要性が肯認できるのは、捜査機関が、証拠を故意に毀滅したり、紛失させたりするおそれがあることが疑われる特段

の事情が疎明された場合に限られると解すべきである」とした。

そして、その理由として、「被疑者に有利な証拠として破棄・隠匿する恐れがあるとの理由で広く証拠保全を許容すれば、捜査機関が事案の真相を解明すべく、被疑者にとっての有利不利を問わず、客観的な証拠等を収集する適正な捜査をしているのに、被疑者側がその証拠の中から自己に有利な証拠を探し出そうとするなどの行為を招きかねず、ひいては捜査機関による適正な捜査自体に支障を生じさせ、あるいはその妨げとなり得る場合も考えられ、証拠開示の制度との整合性にも疑問が生じることになる」という。

要するに、原決定の理由は、次のように整理できよう。

第1に、捜査機関は、被疑者にとって有利・不利を問わず客観的証拠を収集し、適正な捜査を行うものである。

第2に、それにもかかわらず、証拠保全を認めると捜査に支障が生じる。

第3に証拠開示制度との整合性が取れない。

3、第1の点についていえば、多くの犯罪捜査は第一次的に司法警察職員が担うが、その司法警察活動が常に適正になされるというのは、幻想というべきである。

もっとも、多くの捜査官は、そして多くの事件は、法や規則を遵守し、精密な捜査がなされていることを否定するものでない。が、捜査機関が見込み捜査によってボタンを掛け間違った事件（前掲「公職選挙法事件」はこの種の事件といってよい）やいわゆる否認事件など争いが生じる事件において、被疑者に有利な証拠が必ずしも収集されず、収集されたとしても、それが隠匿されたり、改ざんされるということを少し本気で捜査弁護活動をした弁護士であれば、誰しも一度は経験するところである。

検察官は、確かに法の建前上、「公益の代表者」ではあるが、現実には警察の捜査に任せ、チェック機能を失っているばかりか、時には自ら手で証拠隠しをし、あるいは改ざんするものである。このことは古く

## 証拠保全請求権について

は松川事件において無罪証拠となる「諏訪メモ」が、新しくは郵便不正事件におけるフロッピー・ディスク改ざんが雄弁に物語っている<sup>(18)</sup>。

弁護士から証拠保全請求がなされるのは、主として争いのある事件であって「捜査機関は適正な捜査を行うものである」という観念論は、当該請求を排斥する根拠になりえない。

いわば原決定の思考は、「原発安全神話」と同じレベルの発想である。刑訴法179条は、常に適正な捜査がなされるものではないということを前提として、被疑者に強制処分請求権を認めたもので、いわば原発事故に対する保全弁の一つであるともいえる<sup>(19)</sup>。

第2の捜査の支障論。この考えは、捜査の主体はあくまで捜査機関であり、被疑者は捜査の客体であって、捜査の目的は、犯人を特定する為の証拠の収集・保全であるという古い糾問的捜査観に立つといえる。このような認識に立つと、当事者主義的対立構造を入れる余地がなく、その結果捜査側の収集した証拠を利用することを許さないという帰結になり、一段と捜査の糾問的性格を強めることになる。その意味で、この問題は、理念的には捜査の構造論とのかかわりをもつ。

もっとも、捜査における当事者主義捜査観に立つとしても、その帰結から直ちに原決定の主張を克服することはできないと思われる<sup>(20)</sup>。

そこで、別の視点からみておきたい。

捜査の終結的目的が、対象事件について公判へ向けた準備活動であることは間違いない。

しかし、率直に捜査の現実を直視すると、警察等第1次捜査機関は、主として犯罪が成立すると思料される事件について、犯人特定のために証拠収集・保全する。

検察官は、主として起訴・不起訴の決定の為に、すなわち、訴訟条件の存否、起訴するに足りる一定の嫌疑の存在の確認（起訴時における証拠資料を勘案して、裁判所が有罪と認めるものとの確信と立証の見込みの判断）を、さらに、犯罪の嫌疑が備わっている場合でも、公判請求が

相当か（略式罰金請求を含む）起訴猶予処分が相当かの判断をする。

そのためにも、補充捜査をする権限<sup>(21)</sup>をもっている。

この判断過程に検察捜査の役割があり、判断は捜査の目的の一つとなる。

一方、被疑者は自己弁護権を有し、その弁護人は、もっぱら彼の権利・利益の擁護の実現を図るべき任務を負い、起訴前の弁護活動（「捜査弁護」ともいう）は、あげて無実の者を起訴させないこと、犯罪が成立すると認められる場合でも可能な限り公判請求を回避させ被告人という地位につくことから解放させること、また、公判請求が相当な事案であっても、ゆき過ぎた取調べを抑止し、適正な起訴がなされることに向けられる。

その役割を果たすために、検察官の起訴・不起訴処分への働きかけが不可欠となる。

検察官も弁護人の主張を謙虚に吟味することによって、適正且つ妥当な処分ができ、無辜の不処罰、そして裁判での無益、不毛な争いを回避できる。この両者の役割はこれまであまり論じられてはこなかったが、極めて重要であり、法律家として互いに遵守すべき「行為規範」となると位置づけてよいのではないか。

そうだとすると、このことを実効あらしめるためには、本来的には捜査機関の手持ち証拠が、被疑者側に事前開示され、共通のものとして利用<sup>(22)</sup>できるものとならねばならない。

ただ、現行法上、公判前証拠開示について法令上の根拠を欠く。

そこで、実務上は、検察官との「話し合い」によってなされるほかない。

「話し合い」の場において、検察官から口頭にとどまる限度ではあるが、重要な証拠の存在について説明を受けることによって、いわゆる「取引」ではなく、双方納得のうえ、事案の妥当な解決が導かれる例も少なくない<sup>(23)</sup>。

しかし、当事者双方が、硬直化し「話し合い」が成立しないことも多い。

## 証拠保全請求権について

このような場合には、被疑者・弁護人側において、自力で証拠収集・保全活動をする必要が一段と高まり、刑訴法179条による証拠保全の活用も避けられず、保全対象となる証拠が、たまたま捜査機関の手持ちであるものであっても例外解釈を認めるべきではない。

また、同法は、その要件に制約を置き且つ司法審査が行われるから、「乱用」にわたることはないといつてよい。

さらに、証拠保全手続によって得られた証拠は、当該処分を執行した裁判官の所属する裁判所が保管することになり、検察官及び弁護人は、裁判所において処分に関する証拠を閲覧・謄写でき、共通に利用できる(刑訴法180条)。

とりわけ、検察官は、当然に謄写権を持っており、捜査の支障が生じないよう配慮されている(同法180条1項但書<sup>(24)</sup>)。

現に、前掲事例である「公職選挙法違反事件」「覚せい剤違反事件」のいずれも捜査の支障が生じたという事実はなく、かえって積極的弁護活動が展開されたことも要因となって、「不起訴処分」という落ち着いた結果をみたさざるべきである。

第3の公判における証拠開示との整合性論については、とりあえず次の2点を指摘しておきたい。

その第1は、捜査機関が収集保全した証拠は、それが検察官の手持ち証拠となるか否かにかかわらず、その全てが、被告人に全面開示されるという前提がない限り、成立しないということ。

第2は、刑訴法179条の証拠保全請求の手続は、当事者主義の理念を捜査手続に反映させ、被疑者の防御権を実効化するために立法化されたもので、公判段階における証拠開示論とはもともと連動するものではないこと。

確かに、捜査機関において収集済みの証拠が証拠保全された場合、その限りにおいて証拠開示機能をもつことは否定しない。

しかし、立法は、「証拠の使用困難性」という要件をくぐれば証拠の

所持者の別を問うものでなく、捜査機関の手持ち証拠の保全について制約を置いたものではない。

むしろ政策的には、被疑者・弁護人の防御活動の活性化のために、そして、検察官の起訴・不起訴処分を適正化するためにも、捜査機関の手持ち証拠の開示の道が立法上開かれなければならない。

その間、これを補完するうえで刑訴法179条の目的解釈は、弾力的、且つゆるやかになされるべきであり、すでに同じ立法趣旨をもつ民事上の証拠保全が、相手方のもつ証拠について、かえって積極的に開示機能を認め、紛争事案についての効率的、且つ妥当な解釈を図っていることを参考にしなければならない。

4、以上の検討から、結論をいえば、刑訴法179条の「証拠の使用困難性」という要件の主張、疎明は、被疑者の防御権の保障・拡大という視点から、ゆるやかに解釈されるべきであり、その適用において、保全の対象となる証拠が、捜査機関（相手方当事者）の手持ち証拠であるか、それ以外のものであるかによって区分して解釈されるべきでないということになる。

かかる解釈をとることによって、刑訴法179条が証拠開示機能をもつことを否定すべきでない。むしろ起訴前証拠開示につながる運用こそが望まれる。

## VI あとがき

1、刑訴法179条に基づく証拠保全請求が却下された場合の不服申し立てについては、明文上の根拠がなく準抗告が許されない。

もっとも、押収請求を却下する裁判については、刑訴法429条1項の「押収に関する裁判」に含まれるので準抗告が許されること前掲最高裁55年決定<sup>(25)</sup>によって確立された。

これらの点については、本稿の主題ではないので省略した。が、立法政策も含めて今後検討されるべき残された課題である。

## 証拠保全請求権について

2, 私は、実務家の立場から「捜査弁護」覚書（現代人文社・2005年）を出したが、その第6章の2節「刑事手続上の証拠保全」の内容を補充しておきたいと考えた。その後、この問題について「兵庫県弁護士会刑弁センター」の勉強会において発表の機会を得た（2009年8月）。

その際の発表内容を文章化しておきたいと思いつつも多忙と怠惰で放置してきた。

やっと時間の余裕ができたので、未熟ではあるがその時のレジュメに若干加筆して本書に掲載させていただいた。

本稿は、刑事手続の中では、ごく小さいテーマであるが、捜査弁護の活性化を願う思いを持ち続けていることの一つの証としたい。

### 注

- (1) 文献として、長沼範彦「証拠保全の適用とその問題点」（金沢法学・37巻2号・1995年）、藤永幸治「証拠保全制度（刑訴法179条）の問題点」（刑事法ノートI・判例タイムズ社・1983年）、石川才顕「捜査における弁護の機能」（日本評論社・1993年）が有益であり、参考とした。
- (2) 民事手続においても、訴え提起前の証拠保全処分と証拠収集処分は区別して用いられており、もとより各手続の要件及び効果が異なる。
- (3) 刑事訴訟法制定過程研究会「刑事訴訟法の制定過程(8)および(9)」（法学協会雑誌92巻7号・10号）。
- (4) 同上「刑事訴訟法の制定過程(13)」（同上93巻4号）。
- (5) 立法趣旨とのかかわりについて、鴨良弼編「新版・刑事訴訟法講義」（青林書院新社・1969年）および前掲(1)石川、136頁以下。
- (6) 東京地裁証拠保全研究会「証拠保全の実務」（金融財政事情研究会・2009年〈5版〉）、大竹たかし「提起前の証拠保全実務上の諸問題」（判例タイムズ361号）、小林秀之「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集(3)」（法学協会雑誌・97巻8号）などが参考となる。
- (7) さしあたり、刑事上の証拠保全について、藤永幸治「大コンメンタール刑事訴訟法第2巻796頁（青林書院・2000年）、民事上の証拠保全について加藤新太郎「条解『民事訴訟法』」2版1287頁（弘文堂・2011年）。
- (8) 「必要性」の解釈につき、前掲(1)長沼論文も、ほぼ同視と思われる。
- (9) 事案については、判例タイムズNo.429・102頁以下の解説に詳しい。
- (10) 自動車事故をめぐる民事事件においてもあるいは刑事事件においても

事故の起こったプロセスを正確且つ迅速に把握することが必要であり、専門家による工学的解析が行われる事例が多い。

(11) 証拠の使用困難性の判断について、「保全の為の強制処分の種類如何によって、裁判が変わり得る」との指摘について、前掲(1)長沼89頁。要するに、請求の趣旨をどのように構成するかは、実務上大切な作業であって、これによって結論が左右されることがある。

(12) 大野勝利「捜査機関が保管している証拠を証拠保全の対象とすることの可否」(法曹時報60巻9号・2010年)

(13) 弁護人としては、とりわけ元夫から暴行を受けたことによって被疑者の身体に残っている内出血の痕跡を保全しておきたいが、痕跡は注射痕以上に時間の経過とともに消失し次第にその判明が困難となる。

その意味で、被疑者が任意同行された7月26日に通常カメラで撮影された写真は、最も新鮮で、重要である。が、これは現に送致されていない。

裁判官は8月2日に、身体の検証を行っているが、すでに6日間を経過しており、各写真を押収したことは、正しく評価されるべきであろう。

(14) ここでの指摘は、弁護人が取調べを受けている途中で被疑者との接見を求め、警察署以外で面会のうえ正確に取調べ状況を把握し、その場で記録化したものである。

任意取調べ中の接見交通権については、福岡高裁平成5年11月16日判決(判例時報1480号82頁)があり、同判例を根拠とした弁護活動の成果による。

(15) 保全の対象となる証拠は、その証拠の証明力が変化する場合にも許される。

また、自白の任意性など訴訟上の事実に関する証拠も含まれる。

任意性を争うための資料につき保全を認めた例として、千葉地裁昭和57年8月4日決定(判例時報1064号・144頁)。

(16) 「志布志」事件の刑事での審理は、2007年(平成19年)2月23日言渡しの第一審判決で全員の無罪が確定している。

事実関係については、たとえば朝日新聞児島総局「冤罪を追い」(朝日新聞出版・2008年)などのドキュメント本の方が参考となる。

(17) たとえば、神戸地裁の2004年(平成16年)4月26日判決(同地裁平成12年(わ)第1626号、競売等妨害事件)。この事件でも、被疑者は、公共工事の入札にあたって担当職員(地方公務員)から、あらかじめ入札価格を教えてもらった旨の上申書を捜査官の示した素稿どおり作成させられた。しかし、その素稿は、公判において不存在であるとして最後まで提出されることはなかった。

(18) 「諏訪メモ」に関する専門文献は多いが、私はむしろ山本裕司「毎日



## 証拠保全請求権について

新聞社会部」（河出書房新社）の中の第4章「松川事件をひっくり返した記者」をあげておきたい。

「郵便不正事件」については、最高検察庁の「検察の在り方検討会議」の報告がある（2010年12月24日・第3回会議報告）。

その検討委員として関わった江川紹子編による「特捜検察は必要か」（岩波書房・2011年）など。

- (19) 2011年3月11日午後2時46分、東日本一体で大地震が発生した。その1時間後に巨大津波が東京電力福島第1原子力発電所を襲い、1～4号の全電源が喪失し、メルtdownが生じた。深刻という言葉では到底表現きれない凄まじい被害が出た。

いわゆる「東日本大震災・原発災害」である。

私は、1972年11月28日に提起された伊方原発訴訟の原告弁護団の多くの弁護士と親しい間柄にあつて、よく話しを伺ったが、門外漢である私でも遅くともスリーマイル島原発事故（1979年）、どんなに遅くともチェルノブイリ原発事故（1986年）を受けて、わが国の原発の安全性は見直されるべきであるとの確信を持った。

しかし、原発は安全であるという神話のもとで無視され続けられた。

「原発の安全神話」の担い手は「政・財・官」が一体となったものであり、それを支えたのが多くの原発関係の研究者・マスコミである。

その結果、行政分野でのチェック機能を疲弊させ、機能不全に陥った。行政から独立をした裁判所が果たすべきチェック機能として例外ではなかった（但し、ごく一部の地裁・高裁レベルでの2つの判決では、裁判官の見識と良心が示された。）

このことは、わが国のあらゆる分野に共通した構造的欠陥であつて、原発分野の問題だけではないことを自覚すべきであろう。

- (20) 「直ちに」としたのは、当事者主義捜査観に立つても、証拠の収集・保全は、捜査機関・被疑者側の両当事者が独自に行うものであり、あらかじめ手の内を相手方に明かすいわれはないという反論が予想されるであろうことによる。

もっとも、この点については捜査機関が強権的・一方的に被疑者の手の内にある証拠を収集することとの、バランスをどう考えるのか。また何より当事者主義本来の理解に欠けるのではないかと言う再反論が成り立つ。

- (21) 検察官による、いわゆる「特捜事件」については、別途考察が必要である。
- (22) 捜査段階における検察官手持ち証拠の開示システムにつき、比較法からの検討がなされたうえで、刑訴法179条を公判前証拠開示機能に引きつけた運用解釈がなされるべきとの提言について、たとえばドイツ法との比

較において前掲(1)石川149頁, イギリス法とのそれにおいて松代剛枝「刑事証拠開示の分析」211頁(日本評論者・2004年)など。

- (23) 要するに, 弁護人は効果的弁護を実現すべき使命があって, 検察官の起訴・不起訴処分への働きかけは任務であり, 一方, 検察官は客観的・公正な処分をしなければならない任務があり, その為には弁護人側の主張を謙虚に受け入れ, 互いの任務を果たすべき「対話」を成立させねばならない。「対話」とは, 決して馴れ合いでなく, 厳しく真摯な論争であることを意味する。現実にそのことが可能か。

拙稿「捜査弁護」覚書(現代人文社・2005年)の第2章の中で, 一般事件についていくつかの実例をあげた。ここではあえて紹介しなかったが, 特殊な事件, たとえば多くの公職選挙法違反事件を担当したが, そのほとんどについて捜査機関との「対立」をくぐりつつも, やがて「対話」に転じて最終的に妥当な結論を導いてきた。

その中で, 検察官から重要な証拠について事実上の開示(検察官室で事実上「見る」という限度)を受けた経験を何度ももった。

最近, ここでいうような「対話」が次第に成立しなくなったように思われる。郵便不正事件以後, 「検察官の在り方」が議論されているが, かかる視点からの法曹養成も一つの課題であることを痛感する。

- (24) 刑訴法179条による証拠保全請求権の実務での利用が少ない理由として, 法180条の検察官の閲覧謄写権の存在が阻害要因であるとの見解があるが, 必ずしも的を射ていないと思う。

私は, むしろ「捜査の支障論」を封ずる機能をもつことを強調しておきたい。

- (25) 判例の解説として, 木谷明「刑訴法179条に基づく押収の請求を却下する裁判と同法429条1項2号にいう押収に関する裁判(法曹時報33巻4号298頁)」および同題能勢弘之(判例時報1007号・199頁〈判例評論271号〉)が説得的である。

(2011年7月30日脱稿)